ZEITSCHRIFT

FÜR DAS

PRIVAT-

UND

ÖFFENTLICHE RECHT

DER GEGENWART.

Unter ständiger Mitwirkung

der

Mitglieder der Wiener juristischen Facultät

herausgegeben von

DR. C. S. GRÜNHUT,

ord. Professor an der Universität Wien.

Sechster Band.

Mit Register zu Band VI.

WIEN, 1879.

ALFRED HÖLDER,

K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

Rothenthurmstrasse 15.

I.

Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft,

und zu deren Allgemeiner Rechtslehre insbesondre.

Von Prof. **Dr. Schütze** in Graz.

Wer heute im Felde der Rechtsphilosophie sich bewegt, den mag wohl sozusagen ein Lenzgefühl anwandeln; das Gefühl von frischem Zuge der es durchwehe, von neuem Leben das darin erwache. Er verdankt diese wonnige Empfindung vorzugsweise jenen monographischen Arbeiten der letzten Jahre, welche insbesondre an die Namen Binding Ihering Hälschner Merkel Bierling Thon geknüpft sind. Zwar ist nur das eine oder andere dieser Werke nach Stoff und Aufgabe geradezu rechtsphilosophisch zu nennen. Die übrigen und meisten streifen nur gelegentlich auf dies Gebiet hinüber, während sie gewidmet sind den Grundlagen des geltenden (sog. positiven) Rechts, oder — wie ich im Gegensatze zur Rechtsphilosophie dieses Feld bezeichne (s. unten) — dessen Allgemeiner Rechtslehre. Denn dahin stellen letztgenannte ihr Hauptziel, dem realen Rechte, theils dem noch lebenden d. h. wirklichen, theils dem abgeschiedenen d. h. wirklichgewesenen — nicht aber einem idealen oder etwa Zukunft-Rechte — die verborgenen Gedanken abzulauschen.

Umsomehr drängt sich heute wiederum die Frage in den Vordergrund: was ist begrifflich Rechtsphilosophie, welches deren Verhältniss zur Wissenschaft des geltenden oder sog. „positiven" Rechts? Der Beantwortung dieser Frage unterzog

sich bereits in gegenwärtiger Zeitschrift ein Aufsatz aus der Feder Adolf Merkel's: „Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur „positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben" (Band I dieser Zeitschrift, 1874. S. 1—10 und S. 402—421).

Meine Absicht, der Auffassung Merkel's sofort und bestimmt entgegenzutreten, blieb bis heute unausgeführt. Anfangs, weil ich wünschte und hoffte, es werde ein minder abgesagter Feind von Mischgerichten in jeglicher Bedeutung dieses vieldeutigen Wortes den Handschuh aufnehmen, ein neuer Gegner jener „Amalgamirung" in den Streit eintreten. Später, weil die Lösung eines Räthsels mich aufhielt; des Räthsels nämlich, wie doch es zu erklären sein möge, dass Merkel's tiefeingreifender Vorschlag (meines Wissens) weder Billigung noch Missbilligung von irgend einer Seite hervorgerufen. Ungehört konnte der Ruf aus solchem Munde, noch dazu an der Spitze einer neu erschienenen und vielverheissenden Zeitschrift, nicht verhallt, unbeachtet der Vorschlag eines Merkel nicht geblieben sein. Löse sich jedoch das Räthsel wie immer, eingedenk des Satzes *litera scripta manet*, und dass auf Gedrucktes, wenn unwiderlegt, oft nach Jahren wie auf Glaubensartikel geschworen wird, darf ich mit der Gegenmeinung nicht länger zurückhalten.

I. Die beste, jedenfalls die mindest ermüdende Polemik liegt m. E. in klarer Aufstellung und kurzer aber scharfer Durchführung der eigenen abweichenden Ansicht. Weil jedoch seit Merkel's Verlautbarung Jahre verflossen sind, fasse ich zuvörderst deren Tendenz und Ergebniss *in nuce* zusammen. Merkel meint:

Die Rechtsphilosophie und überhaupt „die philosophische Arbeit im Gebiete der Jurisprudenz" bilde keinen Gegensatz zu einer sog. „positiven" Rechtswissenschaft, sie habe „ihre Stellung nicht ausserhalb des sog. positiven Rechts", sondern sei identisch oder doch zu identificiren mit „einem Allgemeinen Theile der Gesammtdisciplin" d. h. einem noch mehr auszubildenden Allgemeinen Theile der Wissenschaft des gesammten geltenden Rechts, des positiven Rechts als Ganzen. Dieser Allgemeine Theil, als ein Inbegriff der dem gesammten geltenden (bezw. geltend gewesenen) Rechte zugrundeliegenden

allgemeinsten Begriffe und Grundsätze und des Zusammenhanges derselben, sei herzustellen durch „Aufsteigen vom Besonderen zum Allgemeinen" aus den Allgemeinen Theilen der juristischen Einzeldisciplinen („Theil- oder Partialdisciplinen"), und könne dann immerhin „Rechtsphilosophie" heissen. Aber der Gegensatz zwischen positiver Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie höre damit auf; erstere habe den Zusatz „positiv" abzustreifen, S. 403. (Warum dann nicht auch letztere den Namen Rechtsphilosophie abstreifen soll, ist mir unerfindlich). Für seinen Beweissatz führt Merkel — abgesehen von Polemik wider die bisherige Auffassung der Rechtsphilosophie vom „dualistischen Standpunkte" (S. 410 ff.), wider das „rationelle" oder „ideale" Recht, das „Soll-Recht" im Gegensatze zum „Ist-Rechte", eine Lehre vom „Gerechten", wider die „speculative" Wissenschaft u. s. f. — nachstehende Beweisgründe ins Feld. Die moderne naturwissenschaftliche Arbeit rücke bei Lösung ihrer allgemeinen Probleme mehr und mehr ein in die Positionen der Naturphilosophie. Ein ähnlicher Vorgang beginne bereits auch im Rechtsgebiete sich zu vollziehen bei Untersuchung dogmatischer wie historischer Grundfragen. Dieser Weg sei betreten, wie von Merkel selbst, so u. A. von Hälschner und Ihering. Das Aufsteigen vom Besonderen zum Allgemeinen in diesen Untersuchungen trage rechtsphilosophisches Gepräge, kennzeichne sich als wissenschaftliche Thätigkeit in centripetaler Bewegung d. h. hin zur fortschreitenden Concentration, zur Erweiterung der Erkenntniss des Zusammenhanges der Einzelheiten und Elemente des geltenden Rechts. Eben dieser zu bildende Allgemeine Theil der gesammten Rechtswissenschaft, als Ablagerungsstätte für die in den Allgemeinen Theilen der Einzeldisciplinen gewonnenen Resultate, werde so identisch mit Rechtsphilosophie. Denn Gegenstand der Rechtswissenschaft sei das Recht nach seinem gesammten Inhalte, nach seiner idealen wie praktischen (realen?) Seite, nach seinen allgemeinen wie besonderen Merkmalen (S. 417); Aufgabe der Philosophie überhaupt aber sei nicht, der wirklichen Welt eine andere selbstconstruirte gegenüberzustellen, sondern die Welt wie sie ist zu begreifen (S. 418). Das rechtswissenschaftliche Wissen mit Inbegriff seiner philosophischen Seite

habe gleichmässig der Rechtsanwendung und der Rechtsfortbildung zu dienen, stehe auf gleichem principiellen Standpunkt zur *lex ferenda* wie zur *lex lata* (S. 420). Und so sei denn eine selbständige Rechtsphilosophie aufzugeben, ihr ein Allgemeiner Theil der Gesammtdisciplin zu substituiren.

II. Beginnen wir mit offenem Bekenntniss. In Allem, was Merkel seiner Ablagerungsstätte, nämlich einem Allgemeinen Theile der juristischen Gesammtdisciplin zuweist — und inhaltlich ganz dasselbe überweisen wir unserer Allgemeinen positiven Rechtslehre (s. unten) — vermögen wir von wirklicher „Rechtsphilosophie“ gar nichts zu entdecken.

Nun kommt aber bei derlei grundsätzlichen Streitfragen Alles darauf an, dass man sich, wenngleich nicht verständigt, doch gegenseitig versteht. Ich werde daher alsbald so klar und durchsichtig wie möglich darlegen, was m. E. unter Rechtsphilosophie, was unter positiver Rechtswissenschaft, und innerhalb letzterer, was unter einer Allgemeinen (positiven) Rechtslehre im Verhältniss zu den Allgemeinen Theilen der Einzelrechtsdisciplinen zu verstehen ist.

Im Vorwege jedoch bedarf es einer ablehnenden Bemerkung. Angenommen aber nicht zugegeben, die Naturwissenschaften wären auf dem Wege, sich d. h. ihre Allgemeine Wissenschaft mit Naturphilosophie zu verschmelzen oder gar zu identificiren, so mögen wir den Berufsmännern getrost anheimgeben, was sie dadurch erzielen und zu gewinnen hoffen. Wir Juristen thun wohl daran, uns mit dieser Frage einer anderen Wissenschaft überall nicht zu befassen. Sind oder werden wir doch allerhöchstens respectable Dilettanten in jenem uns fremden Gebiete. Was wir Berufsjuristen aus dem Fache der Naturwissenschaften für Illustrirung oder Begründung unserer rechtswissenschaftlichen Thesen heranziehen, das verdanken wir stofflich durchweg einer Vorfrage bei jenen Fachmännern, denen wiederum die juristische Bedeutung und Voraussetzung unserer Vorfrage ebenso unklar bleibt, wie uns das Stoffliche ihrer Antwort. Da laufen wir denn schliesslich die Gefahr eines Dementi von jener Seite, und das Urtheil über unsere Deduction lautet im günstigsten Falle: Sie haben uns, und wir sie nicht ganz verstanden. Bleiben wir also lieber bei unserem Leisten.

Anders stehen wir zur Philosophie als solcher, zu jener Allgemeinen Wissenschaftslehre, wie sie von Einigen benannt wird. Zur Wissenschaft der Wissenschaften müssen auch wir nothgedrungen Stellung nehmen; wenn nicht für andere Fragen, so doch jedenfalls für die: Wie verhält sich jener Zweig der sog. Praktischen Philosophie, den wir passend als Rechtsphilosophie bezeichnen, nach Stoff und Methode, nach Zielen und Wegen, zu unserer sog. positiven Rechtswissenschaft? Was ist hier angezeigt, stoffliche Trennung oder Mischung? Mit Einem Wort: wo liegen die *fines regundi* beider Gebiete, und sind die etwa ermittelten Grenzen alsdann zu verwischen oder rein zu halten?

III. Als positives Recht bezeichnen wir das in die Wirklichkeit gesetzte, also das verwirklichte, zur Wirklichkeit gewordene in Vergangenheit oder Gegenwart. Der Ausdruck „positiv“ ist nun 1. ein geeigneter, weil er das Substrat des Setzens, Ponirens wiedergibt, 2. kein überflüssiger, denn das zurzeit „geltende“ d. h. gewordene und noch fortlebende, erschöpft den Inbegriff des verwirklichten Rechtes keineswegs. Es tritt vielmehr zu dem Geltenden dessen Entwicklungsgang aus dem Geltendgewesenen, zu dem Gewordenen dessen Werden hinzu; erst dadurch ergibt sich die Masse des positiven Rechtsstoffes — das Recht der Gegenwart und seine Grundlage in der Vergangenheit —, welchen die Wissenschaft mit Anspannung aller Kraft kaum annähernd zu bewältigen vermag.

Jene wissenschaftliche Thätigkeit nun, welche dieses gesammten positiven Rechtsstoffes durch dogmatisch-historische Forschung sich zu bemächtigen sucht, nennen wir die einer positiven Rechtswissenschaft (genauer: Wissenschaft des positiven Rechts). Sie schlägt dabei verschiedene Richtungen ein, die hier in Kürze und übersichtlich zu kennzeichnen sind. Entweder sie beschränkt sich zunächst auf ein territorial oder national begrenztes Einzelrechtsgebiet. Hier verfährt sie theils die Einzelbestimmungen darstellend und auslegend, theils den dargestellten und ausgelegten Einzelstoff sammelnd und systematisch construirend, theils endlich die so gewonnenen Ergebnisse sichtend und concentrirend. Letzteres geschieht durch Aufsteigen vom Besonderen zum Allgemeinen, wodurch

sich zuvörderst der Allgemeine Theil der Einzeldisciplin als solcher heranbildet; alsdann aber so, dass an den Allgemeinen Theilen der sämmtlichen Einzeldisciplinen dieselbe sichtende Operation fortgesetzt wird, wodurch ein Allgemeiner Theil der gesammten (positiven) Rechtslehre sich gestaltet. Wir bezeichnen denselben kurz als „Allgemeine Rechtslehre" d. h. Allgemeine Lehre vom positiven Recht. Oder die wissenschaftliche Thätigkeit bewegt sich auf ähnlichem Wege und mit gleichen Zielen über das Einzelrechtsgebiet, über den territorial oder national beschränkten, ja sogar über den zurzeit geltenden Rechtsstoff und dessen Entstehungsgeschichte hinaus. Dies geschieht wiederum in verschiedenen Richtungen, die ich kurz als die vergleichende, die kritisirende, die amendirende bezeichne. Also zuvörderst: indem gleichzeitig oder ungleichzeitig geltende Rechtsstoffe mit einander verglichen, das Gemeinsame wie das Abweichende aufgesucht, auf Wurzel und Quelle zurückgeführt wird. Ausgleichung darf nicht das Streben dieser vergleichenden Wissenschaft sein, wird aber nicht selten im Resultat durch sie gefördert. Sodann: indem das geltende Recht der Gegenwart oder Vergangenheit im Ganzen oder Einzelnen einer kritischen (im Sinne einer auf Gebrechen und Mängel prüfenden) Beurtheilung unterworfen wird; eine Prüfung, welche vorzugsweise die wirkliche Gestalt des normirten Lebensverhältnisses dessen rechtlicher Normirung gegenüberstellt. Endlich: indem aus solchen Vorprüfungen heraus, also auf Grund der Ergebnisse solcher Untersuchungen, Vorschläge *de lege ferenda* gemacht, mit anderen Worten die Amendirung des geltenden Rechts im Hinblick auf das Recht einer näheren oder ferneren Zukunft wissenschaftlich angebahnt wird.

Das Alles zusammengenommen — wobei wir Theorie und Praxis, Rechtslehre (Doctrin) und Rechtsanwendung als untrennbare Einheit auffassen — gehört der positiven Rechtswissenschaft, als deren Tummelplatz und Operationsgebiet. Denn das Gemeinsame und Kennzeichnende aller jener verschiedenartigen, bald getrennten bald verbundenen, wissenschaftlichen Bethätigungen ist: dass aus dem geltenden und geltendgewesenen, mit Einem Worte aus dem verwirklichten (positiven) Rechte heraus — bezw. aus den wirklich

gegebenen durch dieses Recht normirten oder zunormirenden Lebensverhältnissen — operirt wird.

IV. In diesem weiten Felde der positiven Rechtswissenschaft interessiren uns hier nur vier der genannten Arten von Bethätigung, weil eben nur diese mit der Rechtsphilosophie eine mehr oder minder nahe Berührung aufzuweisen scheinen, und, wenn wir nicht irren, eigentlich da gemeint sind, wo man vom „Philosophiren über das positive Recht“ oder gar von einer „Philosophie des positiven Rechts“ zu reden pflegt. Zuvörderst, jedoch am wenigsten, die sammelnde und construirende; mehr schon die kritisirende einerseits und die amendirende andrerseits (letzterer gehört das, was Merkel *sub* XIV als das auf „Fortbildung“ des Rechts, auf die *lex ferenda* Abzielende bezeichnet). Am meisten aber die sichtende und concentrirende, die Aufstellung einer Allgemeinen (positiven) Rechtslehre. Dieser weisen wir Alles zu, was Merkel unter II bis VIII für seinen „Allgemeinen Theil der Gesammtdisciplin“ in Anspruch nimmt, aber mit Unrecht für rechtsphilosophischen Stoff ausgibt. In einer solchen „Ablagerungsstätte“ sind nämlich jene allgemeinsten, sämmtlichen Rechtsdisciplinen mehr oder minder gemeinsamen positivrechtlichen Grundbegriffe und Grundsätze zu sammeln und in Zusammenhang zu bringen, welche durch stetig fortgesetzte Sichtung aus den Allgemeinen Theilen der Einzeldisciplinen sich ergeben haben.

Auch hat wenigstens in der Doctrin des Staatsrechts im weiteren Sinne seit geraumer Zeit die Unterscheidung von Staatsrecht im engeren Sinne (eines bestimmten Einzelstaates bezw. Staatenvereins) und von Allgemeiner Staatslehre — wenngleich nicht immer klar gedacht und durchgeführt — sich vollzogen; und zwar innerhalb des positiven Staatsrechts, gegenüber einem „philosophischen Staatsrecht“, das freilich schleunigst in die Benennung „Staatsrechtsphilosophie“ umgetauft werden müsste (Näheres unten Nr. IX).

In ähnlicher Weise für das Gesammtgebiet des positiven Rechts eine Allgemeine (positive) Rechtslehre aufzustellen, könnte u. E. vorläufig noch Aufgabe der Vorträge und Werke über „Encyclopädie der (positiven) Rechtswissenschaft“ sein; deren Allgemeinen Theil dann eben jene Allgemeine Rechts-

lehre bilden würde. Auch hat gegenwärtiger Verfasser seit Jahren die Rechts-Encyclopädie in dieser Weise vorgetragen. Der Erste und Allgemeine Theil der Encyclopädie behandelt dann das Recht im Ganzen. Auf eine Einleitung, welche klarzustellen hat Bedeutung und Aufgabe einer Encyclopädie der Rechtswissenschaft, sowie das Verhältniss der positiven Rechtswissenschaft zur (auszuscheidenden) Rechtsphilosophie, folgt der Allgemeine Theil selbst. A. Die Begriffe Recht, positives Recht, Rechtsordnung (deren äusseres, weiteres und engeres, und inneres Gebiet). Das sog. Objective Recht als ein Inbegriff der für die Regelung des äusseren Zusammenlebens der Menschen bestimmten Vorschriften theils imperativer (Normen) theils entwickelnd-erläuternder Beschaffenheit; erstgenannte gegen Nichtbefolgung ausgerüstet mit Rechtsfolgen (Folge-Satzungen) verschieden nach Art und Zweck. Die Rechtsquellen als verschiedene Erklärungsformen des Gemeinwillens: Gewohnheit und Usance (echte und unechte); Gesetz und Verordnung, Grundgesetz, Gesetzbuch, Gesetzsammlung, Rechtsbuch; Autonomisches Recht beiderlei Form. Stellung der Norm zum normirten Lebensverhältniss: Strenges und billiges, Regel- und Ausnahme-, zwingendes und nachgibiges Recht. Die Sammlung der Einzelbegriffe und Einzelnormen zu Rechts-Instituten weiteren und engeren Umfanges, der ersteren zum System der Einzeldisciplin. Vertheilung dieser Einzeldisciplinen auf die beiden Gesammtgebiete: Privat- und Oeffentliches Recht. Sodann B. das Rechtsverhältniss (sog. Subjectives Recht); abstractes und concretes; *jus quaesitum* (*praesens*), *spes juris*, *jus futurum*. Das Subject, das Object, das Verhältniss selbst; rechtmässige und rechtswidrige Handlung; die Schuldarten; das Rechtsgeschäft, rechtlich erhebliche Zustände und Thatsachen; der Rechtsschutz (verbaler, realer; letzterer bald negativ bald positiv nach Inhalt und Wirkung). Rechtswidrigkeit und Verbrechen; Straffolge und anderweite Rechtsfolgen. Endlich C. Auslegung der Rechtsvorschriften; Natur der Sache, Analogie. Zeit- und Ortsgrenzen der Rechtsvorschrift des Privat- und Oeffentlichen Rechts.

Wahrlich, ein stattliches Gesammtgebiet der „Allgemeinen Rechtslehre", würdig und bedürftig einer übersicht-

...hen Darstellung. Bedürftig besonders darum, weil erst in solchem Zusammenhange die einerseits einende andrerseits scheidende Durchführung jener geltenden Grundsätze und Begriffe dem Oeffentlichen Rechtsgebiete in gleichem Masse zugute kommt wie dem Privaten. Man weiss ja, wie sehr eben das Oeffentliche Recht in manchen seiner Materien noch heute an Unklarheit und an Unselbständigkeit ihrer allgemeinen Begriffe und Principien leidet, wie dem entsprechend noch vielfach das im Privatrechte Anerkannte unbesehen oder doch ohne hinreichende Vorsicht auf das Oeffentliche Rechtsgebiet ausgedehnt wird.

Dem Zweiten oder Besonderen Theil der Rechts-Encyclopädie verbliebe alsdann ein systematischer Ueberblick über die sämmtlichen Einzeldisciplinen des positiven Rechts, mit besonderer Berücksichtigung ihres Zusammenhanges und Ineinandergreifens. Wie hier meist überflüssig viel, so wird im Allgemeinen Theile der Encyclopädie weitaus Zuwenig an Stoff dargeboten.

Dürfen wir einem frommen Wunsche Ausdruck geben, so wäre es der: es möge im Studienplane sämmtlichen akademischen Rechtslehrern auferlegt werden, nach einem gewissen Turnus Vorträge über Rechts-Encyclopädie annähernd in obigem Sinne zu halten. So würde am sichersten gefördert, was Merkel S. 4 a. O. als „Cooperation von Vertretern der juridischen Theildisciplinen" bezeichnet. Erfahrung lehrt, wie über jener Theilung der akademischen Arbeit (die heute immer noch zunimmt, in dem Masse, dass sogar abgeschlossene Einzeldisciplinen als Sammelwerke durch Collektivarbeit zutage kommen, anstatt als Erzeugniss Einer Arbeitskraft), über der Selbstbeschränkung des Universitätslehrers auf seine besonderen Lehrfächer, ihm selbst (dem Specialisten) und seiner Special-Wissenschaft mehr und mehr die Fühlung mit den übrigen Rechtsfächern, das Ineinandergreifen aller Fachdisciplinen, ihr Zusammenhang in einer Summe gemeinsamer Begriffe und Grundsätze — welche ich eben meiner „Allgemeinen Rechtslehre" vindicire — auf Nimmerwiedersehen abhanden kommt! Ein gutes Stück Allgemeiner juristischer Durch- und Fortbildung, ich mögte sagen annähernde Beherrschung des Rechtsstoffes vom Universalen Standpunkt aus

darf heute weniger noch als ehedem bei irgend einem Juristen, sei er sog. Theoretiker oder Praktiker, vermisst werden. Dies gewisse Mass von Sattelfestigkeit in der gesammten Jurisprudenz bleibt immer noch himmelweit entfernt von dem Standpunkte eines Polyhistor alten Stils.

Jene Darstellung einer Allgemeinen Rechtslehre, welche freilich von unfruchtbarem Schulstaube sich fern zu halten hat, entsteht durch synthetisch-concentrirende und sichtende Arbeit; während die Wiedergabe erfolgt in analytisch-entwickelnder Form, durchweg unter Heranziehung von Beispielen aus sämmtlichen Einzeldisciplinen. Nur eine Quintessenz aller Extracte aus letztgenannten erscheint brauchbar theils als Einleitung in die positive Rechtswissenschaft, theils als Recapitulation der bereits durcharbeiteten Einzelfächer: alles Weitere muss letzteren selbst überlassen werden. Andrerseits wird den heutigen Rechtslehrer seine historisch-dogmatische Richtung und Schulung am sichersten bewahren vor irgend welcher „Invasion philosophischer d. h. speculativer Improvisationen" in die Entwickelung Sichtung und Zusammenstellung der leitenden positiven Rechtsgrundsätze. Nur dem geltenden bezw. geltendgewesenen Rechte entnommene Begriffe und Principien, sei es unter dem herkömmlichen sei es unter zeitgemässem neuem Namen, dürfen den Inhalt bilden, keinerlei selbsterfundene, auf dem Wege der Speculation deducirte bewusst oder unbewusst eingeschwärzt werden. Jenes aber kann nur erreicht, dieses vermieden werden von dem, der des Gegensatzes zwischen Allgemeiner positiver Rechtslehre einerseits und Rechtsphilosophie andrerseits fortwährend sich bewusst bleibt, also keiner Verwechselung oder Grenzirrung dieser beiden grundverschiedenen Gebiete sich schuldig macht.

V. Die Rechtsphilosophie — minder angemessen Naturrechtswissenschaft genannt — ist ein Theil der Praktischen (angewandten, Material-) Philosophie d. h. jener Philosophie, welche die formalen Denkgesetze in deductiver Methode auf Ergründung des Absoluten und seines Ideen-Inhalts anwendet. Und zwar der Theil, welcher an der Rechtsidee arbeitet: dieselbe zunächst aus einem höheren Begriffe ableitend, und alsdann in ihre begrifflichen Verzweigungen ver-

folgend. Freilich ist und bleibt diese Rechtsphilosophie, weil die Erkenntniss objectiver Wahrheit überhaupt das Vermögen des Menschengeistes zu übersteigen scheint, einstweilen individuelles und unvollkommenes Erzeugniss des speculirenden Einzelgeistes, welcher obendrein mehr oder minder unbewusst von den Errungenschaften seiner Zeit und ihrer Vergangenheit beeinflusst wird. Die individuelle Speculation nun, indem sie das aus den zeitherigen philosophischen Systemen Abgelagerte verarbeitet und sich aneignet, sucht diesen überlieferten Stoff zu läutern und zu vermehren, mittels eigener Denkergebnisse um- und auszubauen. Dies vorausgeschickt, darf man kurz sagen: die Rechtsphilosophie ist jener Zweig der praktischen Philosophie, welcher auf das Gebiet der Rechtsidee sich bezieht; oder deutlicher: welcher sich befasst mit deduktiver Ergründung des Wesens der Rechtsidee, mit deren Ableitung Inhalt Gebiet und Gestaltung im Einzelnen.

Ihren Inhalt bildet nach Vorstehendem 1. die Ausbeutung und Kritik der rechtsphilosophischen Systeme vom Alterthum herab bis heute, die Aufweisung ihrer Unterschiede nach Ausgangspunkten Ergebnissen und Begründungen; 2. das System des darstellenden Rechtsphilosophen selber (sei derselbe im Uebrigen Fachphilosoph oder philosophisch gebildeter Fachjurist).

Diese philosophische Disciplin beansprucht nach dem Gesagten nicht, dass mit einer Art von Andacht zu ihr aufgeblickt werde, wie zu einem Vollkommenen, an dem das unvollkommene positive Recht und dessen Wissenschaft einen untrüglichen Werthmesser finden müsste. Denn unsere Rechtsphilosophie ist weit entfernt von ihrem Ziele; und der aufrichtige Rechtsphilosoph bekennt mit dem frommen Sänger: Nicht, dass wir's schon ergriffen hätten, doch jagen wir dem Kleinod nach. Möglich, dass die Wesenheit der Rechtsidee selbst d. h. einer idealen vernunftgemässen Rechtsordnung nie gefunden wird; so wenig wie das Absolute überhaupt, so wenig wie jene gefeierte Naturwissenschaft jemals erkennen wird, was Leben, was Bewegung, was Natur und Geist, was Seele und Körper sei. Man erhebe also deshalb keine Anklage wider die Rechtsidee, noch minder bezweifle oder verwerfe man deren absolutes Sein. Nicht in der Rechtsidee liegt das

Gebrechen der Rechtsphilosophie, sondern in unserer Erkenntnissschwäche.

Ferner wird der Berufsphilosoph einerseits und der philosophirende Fachjurist andrerseits jeweilen verschiedenen Standpunkt einnehmen, auf verschiedenem Wege zu abweichenden Ergebnissen gelangen. Wo jener die deductive Methode durchweg einzuhalten vermag, da dürfte dieser oft unbewusst auf den Weg inductiven Vorschreitens sich hingedrängt finden. Dagegen wird eben darum dieser eher als jener Ergebnisse erzielen, welche die Juristenwelt anmuthen, weil sie dem positiven Rechtsstoffe näher liegen, daher auch brauchbarer für Vergleichung mit demselben erscheinen. Aber die verschiedenartige Operation dient zur Ergänznng der Gesammtarbeit; weder die eine noch die andere mögen wir entbehren.

Abgesehen hiervon beruht die Verschiedenheit der rechtsphilosophischen Schulen und Systeme 1. auf deren Ausgangspunkte d. h. darauf, aus welchem höheren Begriffe die Rechtsidee (die ideale Rechtsordnung) abgeleitet wird; ob aus einer Gottesordnung, deren weltliches Nachbild sie sei, oder ob aus der Sittenordnung im weiteren Sinne (dem Ethos). Legt man mit der heute herrschenden Richtung das Ethos zugrunde, so fragt sich weiter, mit welchem Inhalt die Rechtsidee aus demselben heraustritt, durch welches Sondermerkmal sie gekennzeichnet wird. Sodann 2. auf der Methode, mittels welcher die Einzel-Grundsätze und Begriffe einer idealen Rechtsordnung auf jener Basis ausgebaut werden. Genug; der „Herren eigner Geist“, er findet hier sein freies, ungemessenes Revier!

An diesem Orte stehen jedoch nicht zur Frage die Probleme und die wirklichen oder nur scheinbaren Differenzen innerhalb der Rechtsphilosophie, sondern deren Abgrenzung gegenüber der positiven Jurisprudenz. Und die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus Vorstehendem von selbst: Die Rechtsphilosophie verhält sich zur Wissenschaft des positiven Rechts wie überhaupt jeder Zweig der praktischen Philosophie zu der entsprechenden Fachwissenschaft; und was den Stoff betrifft, wie die Vernunft-Idee des Rechts zur Wirklichkeit des Rechts d. h. zur Summe der geltenden und geltendgewesenen Rechtsvorschriften; mit Einem Worte: wie eine ideale Rechtsordnung zur realen der Gegenwart und Vergangenheit.

VI. Eine abstracte Antwort, wird man sagen, mit der man den Hund nicht vom Ofen lockt. Nun wohl; es gilt an Einzelmaterien und Fragen des rechtswissenschaftlichen Gebietes als an Beispielen jene Grenze deutlich, für jeden fachjuristisch bezw. philosophisch Gebildeten erkennbar aufzuweisen. Wir werfen die Namen der gangbarsten Rechtsinstitute in die Urne, und ziehen heraus: Vertrag, Eigenthum, Staat, Strafe.

Für die positive Rechtswissenschaft steht es fest, dass dem Vertrag bindende Kraft beiwohnt, wofern bestimmte gesetzliche Voraussetzungen vorliegen; sie begnügt sich daher mit historisch-dogmatischer Darlegung und Erörterung der Erfordernisse und Beschränkungen, des Anwendungsgebiets, der Arten, der Wirkungen des rechtsverbindlichen (sei es privat- sei es öffentlich-rechtlichen) Vertrages. Der Rechtsphilosoph dagegen, wenn seine Deduction überhaupt den Vertragsbegriff (unter diesem oder anderem Namen) ergibt, kann der Frage nicht ausweichen: Ist der Vertrag als solcher bindend, und eventuell warum und wodurch? Liegt das bindende Moment im Wesen der persönlichen Freiheit die sich selbst gebunden hat, oder der Treue (des ökonomischen Vertrauens und gesicherten Verkehrs), oder in einem Postulat der Wohlfahrt (eudaimonistisches Princip), oder in einer Rechtsverletzung welche aus der Nichthaltung erzeugt würde, oder im Hinzutreten einer dritten den Abschluss im Interesse des allgemeinen Vertrauens gewissermassen besiegelnden Auctorität? Und müsste nicht, was vom Vertrage gilt, auch gelten von jeder einseitigen ernstlichen Zusage? Welche Gebiete und Gegenstände des Rechtslebens erscheinen dem Vertragsbegriffe nach dessen Wesen zugänglich, welche nicht? Befasst sich eine positivrechtliche Darstellung mit einer dieser oder mit verwandten Fragen (Schlossmann), dann hat sie ihre Grenze überschritten; sie steht bereits im Felde der Rechtsphilosophie. Denn sie schöpft ihre Beweisgründe und Ergebnisse, kurz ihren Stoff nicht mehr aus den Quellen des geltenden Rechts, sondern aus eigener Speculation.

Nicht anders stellen sich die Fragen: Ist Privat-Eigenthum d. h. Sondereigenthum des Einzelnen vernunftgemäss, ist es vereinbar mit der Rechtsidee, insbesondre mit dem

Anrecht Aller auf die Sachgüter als Objecte der Bedürfniss-Befriedigung? Gesetzt dies ist deducirbar, darf dann das Eigenthumsrecht eine unbeschränkte Verfügung enthalten, etwa auch bis zur nutz- und zwecklosen Vernichtung der Substanz? Das positive Privatrecht kennt diese Fragen und Zweifel nicht; denn das Institut des Privateigenthums ist ihm ein nach Begriff und nach Inhalt der Verfügungsrechte feststehendes. Nur gelegentlich der historischen Entwickelung des Eigenthumsbegriffs stösst der positive Jurist auf Bildungen der Vergangenheit, die mit vorgenannten Fragen verwandt, aber keineswegs identisch sind.

Beruht der Staatsbegriff auf Natur- bezw. Vernunft-Nothwendigkeit, oder ist das was man Staat nennt lediglich Erzeugniss geschichtlich gegebener Machtverhältnisse? Ersteres bejaht, welche Staatsform ist die vernunftgemässe? Entsteht der Staat seinem Wesen nach vertragsmässig? Durch einheitlichen Vertrag oder durch eine Mehrheit von Verträgen (Hobbes)? Hat die Staatsbildung ein bereits existentes Recht, oder umgekehrt die Rechtsbildung den Staat zur Voraussetzung? Solche Fragen haben mit vollem Fug die Rechtsphilosophen aller Zeiten als ihre Domäne betrachtet. Dagegen hat die sog. Allgemeine (positive) Staatslehre die Begriffe Staat Volk Gesellschaft, die geschichtlich gegebenen verschiedenen Staatsformen, deren Wesen und Verhältniss zu einander, die einheitlichen und zusammengesetzten Staatskörper-Bildungen u. a. m., dem Stoffe des geltenden bezw. geltendgewesenen Rechts und des Verfassungsrechts insbesondre zu entnehmen. Hier versagt die Rechtsphilosophie den Dienst, soweit es um Gestaltungen der Wirklichkeit sich handelt; Bausteine liefern allein die Staatsrechtsgeschichte und die geltenden Staatsgrundgesetze.

Und nun gar jene sog. Strafrechtstheorien in Lehr- und Handbüchern des positiven Strafrechts! Was gegen diesen Missbrauch bereits vor einem Jahrzehnt von mir gesagt worden (Nothwendige Theilnahme am Verbrechen etc. Leipzig 1869, Einleitung S. 8 ff.) — und heute Wort für Wort unterschrieben wird — das sei hier nur kurzerhand in Erinnerung gebracht. Freilich wuchert das Unkraut einstweilen noch üppig fort; aber der Versuch es auszurotten wird, wenn oft

und kräftig wiederholt, im Lauf der Zeit seine Wirkung nicht verfehlen. Was öffentliche Strafe sei, darüber lässt das positive Recht keinen Zweifel aufkommen: das gesetzlich angedrohte Uebel, welches lediglich des Verbrechens halber den Verbrecher von rechtswegen treffen soll; oder kürzer nach Grotius: ein Uebel-Leiden, wegen der Uebel-That (kraft Gesetzes) angethan. Die Probleme aber: warum Strafe? wozu Strafe? mit anderen Worten: die Fragen nach Vernunftgrund und Vernunftzweck des Strafens sind ebenso ausschliesslich der Strafrechtsphilosophie zu vindiciren, wie jenes andere Problem: was strafwürdig sei, mit anderen Worten die Frage nach dem Unterschiede des strafbaren Unrechts vom nichtstrafbaren. Nur jene Strafzwecke, welche ein bestimmtes Gesetzbuch oder irgend eine Einzelstrafnorm wirklich beherrscht haben, gehören der positiven Rechtswissenschaft, und gewähren hier für die Auslegung und Würdigung des Norminhalts mehr oder minder Anhalt und Ausbeute. Was aber ein Jurist oder Rechtsphilosoph sich vorstellen mag als seine „Strafrechtstheorie" d. h. als Zweck und Grund des Rechtsinstituts der Strafe und Strafgewalt, das kann lediglich für die Strafrechtsphilosophie Stoff und Interesse bieten. Wenn Feuerbach im Lehrbuche seinen Allgemeinen Theil den „philosophischen" nannte, so lag darin nur insoweit etwas thatsächlich Wahres, als ja Feuerbach in der That — freilich ganz und gar zuwider der Natur und Aufgabe eines Lehrbuches des „gültigen peinlichen Rechtes" — seine eigene Strafrechtstheorie darin aufstellte und durchzuführen suchte, und so die in seiner „Revision der Grundsätze etc." niedergelegten philosophischen Ideen in den positiven Rechtsstoff hineintrug. Etwas Wahres, aber Verfehltes; wofern er nicht nachzuweisen vermogte, das „gemeine gültige" Recht sei wirklich von der sog. psychologischen (soll heissen: psychischen) Zwangstheorie beherrscht oder geleitet worden. Bekanntlich hat er aber dies nachzuweisen nicht einmal versucht; er erklärt selbst seine Theorie für die „nothwendige" und „mögliche", nicht aber für das, was allein sie in einem Lehrbuche des geltenden Rechts legitimiren könnte, nämlich für die — wirkliche. Anders urtheilt natürlich Merkel a. O. S. 7 ff., welcher es hier sogar als „keineswegs ungereimt" hinstellt,

den Allgemeinen Theil der Einzeldisciplin als den philosophischen zu bezeichnen.

VII. Kehren wir von illustrirenden Beispielen — bei deren Anführung andere für unseren Zweck noch mehr verlockende Materien z. B. Erbrecht, Völkerrecht, absichtlich übergangen wurden — zur Sache zurück. Was die Rechtsphilosophie, nämlich die Summe der mittels Speculation von Rechtsphilosophen aufgestellten Grundsätze und Begriffe, im Lauf der Zeit an das positive Recht abgegeben, als Niederschlag in demselben abgelagert hat, das ist dann ununterscheidbarer Bestandtheil des letzteren geworden. Es ist von dessen übrigen aus Gesetz oder Gewohnheit nachweisbaren Bestandtheilen durch nichts anderes verschieden, als durch die Natur der Urquelle, des ursprünglich schaffenden Factors. Jene grosse Stoffmasse dagegen, welcher dieser Einbürgerungsprocess nicht beschieden worden, verbleibt nach wie vor in dem Gebiete der Rechtsphilosophie als selbständiger Wissenschaft, eine Domäne jener praktischen Philosophie, die mit Grund und Wesen der Rechtsidee sich befasst, und daraus eine ideale Rechtsordnung construirt. Eine gedachte abstracte also: eine solche, welche etwa sein würde, wenn man von der Wirklichkeit, dem Geltenden in Vergangenheit und Zukunft absieht, und die Rechtsidee von den übrigen damit engverschlungenen Gebieten des realen Seins der Menschen Völker Staaten — nämlich von Religion Sitte Cultur Sprache Nationalität — und deren jeweiligem Standpunkte isolirt sich denkt.

Heute bedarf einer Widerlegung nicht mehr die ehemals herrschende Auffassung: es gebe ein „Natur-Recht", nämlich ein solches welches R e c h t sei und daher Anspruch habe auf unmittelbare Geltung und Anwendung. Ein Widerspruch in sich selbst, ist ferner dies Naturrecht auch als sog. subsidiäre oder mittelbare Rechtsquelle — eine Prätension, die übrigens in Perioden stockender Rechtsbildung oder verdunkelten Rechtsstoffes immer von neuem auftauchen wird — ein überwundener Standpunkt. Dagegen scheint eine andere noch fortlebende Vorstellung heute der Berichtigung zu bedürfen. Man drückt dieselbe bald so aus: die von der Rechtsphilosophie aufgestellten Principien gelten zwar nicht, allein

sie sollten oder müssten die geltenden sein; bald so: der Inbegriff dieser Principien gewähre den Massstab, an welchem alles geltende Recht zu messen zu schätzen zu beurtheilen sei. Versteht man nun unter jenem geltensollenden Rechte oder unter diesem Werthmesser für alles geltende Recht die Rechtsidee selbst, eine ideale Rechtsordnung, wie der Rechtsphilosoph sie sucht, dann ist die Vorstellung nicht unberechtigt. Nur beachte man, dass die Rechtsidee zur Zeit nicht gefunden ist, sondern eben gesucht wird. Eben darum vermag die Summe der bis heute aufgestellten Grundsätze, bestritten und schwankend wie sie sind, auf künftiges Geltendwerden nur bedingten Anspruch zu erheben — bedingt nämlich durch ihre objective Richtigkeit — und für die Abschätzung wirklichgewordenen Rechts einen untrüglichen Prüfstein nicht abzugeben. Hier wie sonst darf man die objective Wahrheit selbst mit den Ergebnissen der Wahrheitsforschung nicht identificiren.

Nur in diesem Sinne sind wir einverstanden mit dem, was neuerdings Bierling („Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe“ I. 1877, S. 165 ff.) über die „Rechtsidee“ und deren Verhältniss zum thatsächlichen Rechte ausgesprochen hat. Auch wir theilen den Glauben an eine absolute Rechtsidee, und daran dass „in fernster Zukunft einmal das wirkliche Recht derselben völlig entsprechen könnte“ (ungläubig ist Bekker „Ueber den Rechtsbegriff“, Besprechung der Bierling'schen Schrift in Zeitschr. für Vergl. R.-W. I). Ohne solchen Glauben hätte die Forschermühe des Rechtsphilosophen keinen rechten Sinn. Unangemessen will aber erscheinen die bei Bierling aufgestellte Unterscheidung von „Rechtsbegriff“ und „Rechtsidee“, um zu bezeichnen einerseits den aus dem Ganzen des wirklichen thatsächlichen Rechts abstrahirten Rechtsbegriff, andrerseits das Rechtsideal welches angestrebt und nach welchem alles (positive) Recht geschätzt gemessen beurtheilt werden solle. Denn auch die Rechtsidee muss eben Begriff sein. Sie bezeichnet den abstracten, absoluten, von der Rechtsphilosophie gesuchten Begriff von Recht, im Gegensatze des concreten, relativen, der positiven Rechtswissenschaft entnommenen.

Die Bedeutung des Ergebnisses rechtsphilosophischer

Speculation für die positive Rechtswissenschaft liegt meines Erachtens vorzugsweise darin, dass letztere sich selbst, oder genauer ihren Stoff und dessen Mängel und Gebrechen im ersteren gleichwie in einem Spiegel beschauen kann. Ein trübes Spiegelglas ist immerhin besser als gar keines. Es gibt ja Individuen, die der Nichtbenutzung oder gar des Nichtbesitzes eines solchen Hausgeräthes sich rühmen; im grellen Gegensatz zu jenem Anderen, der ein zweiter Narciss die besten Tage des Lebens vor seinem Spiegel verbringt. Welchen Uebelstand jedes dieser Extreme im Gefolge hat, bedarf der Schilderung nicht; auch nicht, welche wissenschaftlichen Richtungen unser Gleichniss kennzeichnen will. Gross ist die Zahl solcher Juristen, die alle Rechtsphilosophie achselzuckend oder gar spottend von sich ablehnen; klein heutzutage die jener anderen, welche über ihrer Speculation und dem Studium eines Kant oder Aristoteles das warme Rechtsleben und dessen feste Normen verlernen oder gar geringachten.

Keineswegs behaupte ich, es könne schlechterdings die positive Rechtswissenschaft der Rechtsphilosophie, und umgekehrt, nicht entrathen. Aber ich behaupte: ihr volles Genüge findet jede erst in dem getrennten, jedoch in der Trennung zugleich ergänzenden, Betriebe der anderen; wie denn jede Fachwissenschaft erst in der Philosophie ihren Zusammenhang mit der Wissenschaft überhaupt zu finden vermag. Auch entwickeln im jeweiligen Kampfe sich beider Kräfte. Jede lernt von der anderen; die Rechtswissenschaft von der Rechtsphilosophie Achtung vor der Vernünftigkeit, diese von jener Respekt vor der Wirklichkeit. Beide sind Träger einer Wahrheit; aber diese der ewigen unbegrenzten unwandelbaren, jene der zeitlich wie räumlich begrenzten wandelbaren. Beide zeigen Licht- und Schattenseite; diese im Aufschwunge zum Idealen, freilich nur mit der schwachen Flugkraft des Menschengeistes, und ohne die Kraft der Geltung; jene im Festhalten am warmen wirklichen Rechtsleben, am rechtlich Anerkannten und Geltenden, das freilich allerorten Schranke und Ungleichheit vorfindet. So bewährt sich auch hier der doppelte Zug des Menschengeistes, dem der Gegensatz des Realen und Idealen entspricht; in jenem leben, nach diesem streben! Die Gefahr aber, das Eine auf Kosten des Anderen zu thun,

liegt nur allzunahe, wenn man nicht mehr trennt und scheidet, was grundverschieden ist. Und diese Gefahr läuft unsere Wissenschaft, wofern sie nicht sorgsam auseinanderhält, was dem geltenden Recht entnommen wird, und was (eigener oder fremder) philosophischer Speculation entstammt.

VIII. Schon hier ist jedoch unsere Ansicht gegen ein zweifaches Missverständniss sicherzustellen.

Zuvörderst, als ob nicht gewisse Probleme der Rechtsphilosophie oder der Philosophie überhaupt einerseits, und Fragen bezw. Begriffe welche das positive Recht aufstellt andrerseits in naher Berührung mit einander ständen; als ob man nicht für zahlreiche Vorfragen, welche das positive Recht entweder ablehnt bezw. nicht löst oder kurzerhand entscheidet, sich auf die Ergebnisse philosophischer Forschung und Untersuchung hingewiesen fände. In solchem Verhältnisse stehen, um nur wenige Beispiele herauszugreifen, die positivrechtlichen Begriffe Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit zu dem philosophischen Problem der Willensfreiheit; ferner der positivrechtliche Begriff Schuld mit seinen Schuldarten, die Frage der criminellen bezw. civilen Verantwortung zu dem philosophischen Begriffe Ursächlichkeit (Kausalität). Nun denke man sich aber, es wollte um dieses Zusammenhanges halber ein Lehrbuch oder Commentar des Straf- bezw. Privatrechts mit Lösung jener Probleme sich befassen, also den harmlosen Leser in die Irrgänge des Determinismus Indeterminismus Materialismus und der Moralstatistik hineinzerren, oder ihn bei der Schuld- und Verantwortungs-Frage durch das Labyrinth der sog. Kausalitäts-Bedingungen, der Unterschiede von Ursache und Anlass, von Wirkung und Folge hindurchschleppen! Niemand denkt daran, wird man sagen. Aber sind wir nicht auf dem besten Wege dahin? Es wäre sogar folgerichtig auf dem Standpunkte jener Compendien-Verfasser, die kein Bedenken tragen, uns absolute und relative Strafrechtstheorien, und etwa noch ausserdem Untersuchungen über die abstracte Grenze zwischen Criminal- und Civilunrecht nebst obligatem Unbefangenem Unrecht Hegel's, oder gar noch die Probleme eines Schuldlosen Unrechts aufzutischen. In der That, man wird gespannt darauf zu vernehmen, was eigentlich diese Rechtslehrer für das Capitel ihrer rechtsphilosophischen

Vorträge, welches der Strafrechtsphilosophie gewidmet ist, noch übrig behalten. Warum nur im Strafrechte derlei Wunderlichkeiten? Oder will man etwa auch in die Privatrechts-Lehrbücher eine Erörterung des Problems aufgenommen sehen, ob der Vertrag bindend und worin das Bindemoment zu suchen, ob ein Sondereigenthum überhaupt und dessen schrankenloser Verfügungsinhalt insbesondre vernunftgemäss sei? Die positive Rechtswissenschaft, insbesondre deren Allgemeine Lehre, hat solche Fragen, als theils durch das positive Recht schlechthin abgethan theils demselben überall nicht angehörend, der Philosophie zu überweisen; wie sie denn ja auch bei der Lehre vom richterlichen Urtheil der Logik die Frage überlässt, was ein Syllogismus sei. Mit Einem Wort: die vielfache Berührung der Gebiete ist soweit entfernt eine Mischung d. h. Grenzverwischung zu begünstigen oder gar zu rechtfertigen, dass sie vielmehr eine Grenzscheidung nur noch näher legt.

Sodann fordern wir die strenge Grenzscheidung einzig und allein für jene systematisch oder nach Legalordnung angelegten Werke von dogmatisch-historisch-exegetischem Inhalt, welche das geltende bezw. geltendgewesene Recht darzustellen bestimmt sind; also für Lehr- oder Handbücher und Commentare. Es fällt uns nicht ein, für den Zweig der juristischen Literatur, der in Monographien Abhandlungen Aufsätzen besteht, *fines regundi* zu postuliren. Diese Schriften sind und bleiben selbstverständlich ein freier Tummelplatz uch für gemischte d. h. hier sowohl positivrechtliche als philosophische Erörterungen Ergebnisse Begründungen. Nur bleibt immerhin wünschenswerth (was denn auch gemeiniglich geschieht), dass der Verfasser sich klar bewusst bleibe und auch dem Leser erkennbar mache, was dem positiven Rechtsstoffe, was der eigenen oder fremden Speculation entnommen worden. Bald ist es eine rechtsphilosophische, bald eine positivrechtliche Materie oder Einzelfrage, welche das Hauptthema der Monographie etc. bildet; zumeist aber begibt sich die Erörterung, hier mehr dort minder, auf das andere Gebiet hinüber, um auch dessen entsprechenden oder angrenzenden Stoff mitzuverwerthen. Die Monographie eben beansprucht mit Fug nach allen Richtungen hin freie Hand und

Bewegung. Dies Gepräge tragen auch zum grossen Theil die monographischen Arbeiten aller Zeiten. Werfen wir nur einen Blick auf die eingangs dieses Aufsatzes angedeuteten Werke der letzten Jahre. *Ex professo* behandelt die Mehrzahl solche Stoffe, welche unserer „Allgemeinen Rechtslehre" zufallen würden, nämlich positivrechtliche Grundbegriffe und Grundfragen: das Wesen des positiven Rechts selber, die Rechtsnorm und deren Uebertretung, das verpflichtende (bindende) Moment im Gesetze, das subjective Recht und dessen Verzweigungen, die Arten des Unrechts und der Schuld, das Wesen des Vertrages, den Zweckbegriff als bewegende Kraft des Rechtssystems u. s. f. Wie verschieden immer nach Ausgangspunkten und Wegen, verfolgen alle jene Untersuchungen ein gemeinsames und zwar doppeltes Ziel. Zunächst die Grundlagen des positiven Rechtsgebäudes bloszulegen und auf Tiefe und Haltbarkeit zu prüfen, und dadurch unser Rechtssystem vor dem Gebrechen zu bewahren, dass gewisse Sätze und Begriffe, obgleich unwahr oder nur halbwahr, traditionell werden, indem sie ohne wiederholte gründliche Prüfung sich fortschleppen in Doctrin und Praxis, und so unverdientermassen den Schein feststehender Wahrheit gewinnen. Alsdann, durch Einfügung neuen und gesunden Baustoffs den alten morschgewordenen zu ersetzen, damit die Fortarbeit an unserem Rechtssysteme auf festerer Grundlage mit geläuterten Begriffen erfolgen könne. In allen jenen Werken, die also einer Revision der Grundlagen und Grundbegriffe des Rechts gewidmet sind, spielen rechtsphilosophische Erörterungen d. h. solche welche nicht dem positiven Rechte sondern der eigenen oder fremden Speculation entnommen sind, ihre Rolle; hier jedoch eine offen angekündigte, dort eine sozusagen latente, hier eine Haupt-, dort eine Nebenrolle. Ersteres gilt namentlich von Ihering, und etwa von Merkel selbst; letzteres von Binding, Bierling, Schlossmann, insbesondere von Thon. Gelegentlich, aber seltener, wird auch einmal ein Rollentausch vorgenommen; so in den neueren Schriften über die Causalität und deren Verantwortung. Hat nun nicht der Verfasser selbst die Grenze zwischen seinem rechtsphilosophischen und seinem positivrechtlichen Stoffe scharf gezogen, dann stellt er stillschweigend an den Leser

die Anforderung, über Herkunft Stellung und Bedeutung des einzelnen Ergebnisses — gleichsam über das Standesregister seines Geisteskindes — ins Klare zu kommen; eine keineswegs immer leichte Aufgabe. Mit Einem Wort: In monographischen Schriften ist eine Stoffmischung ebenso unvermeidlich, wie in den für akademische Lehre und für die Praxis bestimmten Werken verwerflich. Gleichwohl dürfte auch für jene ein „Getrennt-Marschiren" angezeigt sein, wenn es gilt die Feinde des realen und des idealen Rechtsgebietes — sei es nun getrennt oder vereint — zu schlagen.

IX. Vergegenwärtigen wir uns einmal jene Mischung positivrechtlichen Stoffes mit Produkten und Experimenten der philosophischen Speculation — jene uns geradezu angepriesene „Amalgamirung" (Köstlin), oder deren neuere Gestalt, nämlich die Identificirung der Rechtsphilosophie mit einem Allgemeinen Theile des gesammten positiven Rechts (Merkel) — durchgeführt in Lehr- oder Handbüchern und Gesetzcommentaren, in Werken also die, abgesehen von ihrer Bedeutung für die constructive Doctrin, zum unmittelbaren Gebrauch für den Praktiker und für die studirende Jugend bestimmt sind. Die Folgen liegen auf der Hand. Wenn ein Examinand uns die aus positivem Recht heraus gestellten Fragen anstatt in gleichem Stoffe durchgehend mit den Ergebnissen eigener oder fremder Speculation beantwortet, so werden wir ihn reprobiren. Und es liesse sich ferner aus Erkenntnissen und Urtheilsgründen unschwer nachweisen, wie bereits in den Köpfen von Praktikern sporadisch jene Grenzverwischung eine gewisse Verwirrung der Begriffe angerichtet hat; wie mit Anspruch, Anerkennungsvertrag, nacktem Versprechen, mit Strafgrund und Strafzweck operirt wird, als ob das alles feststehendes Ergebniss des geltenden Rechts wäre.

Die beiden Abschnitte der Rechtsphilosophie, in denen (wenn wir vom Völkerrechtsgebiete absehen) zeither das Meiste und Haltbarste geleistet worden, die Staats- und die Straf-Rechtsphilosophie — jene vorzugsweise in Alterthum und Mittelalter, diese überwiegend in der Neuzeit gepflegt — eben diese Abschnitte sind neuerdings am meisten mit den entsprechenden Gebieten des positiven Rechts in Grenzverwirrung gerathen. Dies hat den unheilvollsten Einfluss auf

die beiderseitigen Zweige der Wissenschaft gehabt. Das positive Staats- und Strafrecht ist phantastisch angehaucht und verflüchtigt, die Staats- und Strafrechtsphilosophie angewirklicht und vernüchtert worden. Es ist annähernd so, wie wenn Jemand den Eisenbahnbau in Versen, und einen Sommernachtstraum in Leitartikel-Prosa verewigt hätte. In jenen beiden Gebieten hat daher die Grenzscheidung zwischen Darstellung des wirklich Geltenden einerseits und speculativer Begriffsproduktion andrerseits zunächst einzusetzen, indem mit der heutigen Verwirrung aufgeräumt und „Jedem das Seine“ zurückgegeben wird.

Verhältnissmässig am schwersten wird diese Arbeit unseres Erachtens sich vollziehen im Staatsrechtsgebiete. Theils weil hier seit Jahrhunderten der philosophische Stoff sich angehäuft, und andrerseits die Speculation dem geschichtlichen Wandlungsprocesse der Staatsbildungen sich angeschlossen hat; theils weil noch die heutige Doctrin durch Aufstellung und Festhaltung einer Reihe von unklar gedachten und vieldeutigen Schablonen sich selber ihre systematische Aufgabe erschwert. Da redet man von Staatsphilosophie und philosophischem Staatsrecht, von Allgemeiner Staatslehre und Allgemeinem Staatsrecht, endlich von Besonderem oder Einzelstaatsrecht. Nun hat zwar die erstgenannte Bezeichnung — an Stelle einer Staatsrechtsphilosophie, als eines blossen Abschnitts der Rechtsphilosophie überhaupt — zweifellos ihre Berechtigung. Denn der Staat ist eben nicht Rechtsstaat allein. Und es ist daher auch nicht ungereimt, von Staats- und Rechtsphilosophie (gleichwie von Staats- und Rechtsgeschichte) zu reden, wenn man nur im Auge behält, dass die Philosophie des Rechtsstaates gleichwohl ein integrirender Bestandtheil der Rechtsphilosophie überhaupt bleiben muss. Aber ein philosophisches Staats-Recht kann es ebensowenig geben, wie ein philosophisches Privatrecht, Strafrecht u. s. f.

Die Allgemeine Staatslehre gehört der positiven Staats- und Rechtswissenschaft an, und hat demgemäss zu einem Theile ein Seitenstück zu unserer Allgemeinen Rechtslehre, zum anderen Theile (nämlich soweit sie den Rechtsstaat zum Gegenstand hat) einen Bestandtheil derselben zu bilden, mit Einem Worte: in dasselbe Verhältniss zu letzterer zu treten,

wie dies soeben hinsichtlich der Staatsphilosophie gegenüber der Rechtsphilosophie angedeutet worden. Ein „Allgemeines Staatsrecht" aber verliert dann jeden Anspruch auf Existenz; es fällt vielmehr ganz und gar mit dem zusammen, was wir Allgemeine Staats-(Rechts-)Lehre nennen, und was mit den Einzelstaatsrechten (deren Inhalt selbstverständlich ein allgemeiner und ein besonderer Theil zu bilden hätte) zusammengenommen den Gesammtinhalt einer positiven Staatsrechtswissenschaft darstellt. Also: Staatsphilosophie einerseits; Allgemeine Staatslehre und die Einzelstaatslehren andererseits. Das ist Alles; ein Viertes und Fünftes kann es dann nicht geben.

X. Nur durch eine Stoff-Zersetzung der angegebenen Art, durch scharfe Trennung nämlich des rechtsphilosophischen Stoffes von dem positivrechtlichen, wird jene wissenschaftliche Aufgabe erfüllt werden, welche recht eigentlich die der Gegenwart genannt werden darf. Der Geist des griechischen Alterthums glänzte in Problemen und Principien der Rechts- und Staatsphilosophie, der des römischen in Pflege und Ausbildung des positiven Rechts; während das positive Recht der Griechen nur in geringem Umfange und ohne eigene wissenschaftliche Verarbeitung der Nachwelt überliefert wurde, die rechtsphilosophischen Leistungen der Römer unselbständig und stümperhaft verblieben. Das Mittelalter (das spätere nämlich) liess sein sog. Naturrecht und die geltende Rechtsnorm eine Mischehe eingehen; die zugleich, weil aufgedrungen durch die unklare und verwickelte Lage des positiven Rechts, als Zwangs- oder Nothehe erschien. Die einheimische Produktion war in Stockung gerathen; massenhaft importirte aber schwer assimilirbare fremde Stoffe, und daneben grossentheils veraltete Erzeugnisse aus der eigenen Vorzeit — Alles lag wirr, bunt, unvermittelt, lückenhaft durcheinander. Was wunder, wenn jenes Zeitalter der allgemeinen Gährung da, wo es aus geltendem Rechte die Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen nicht vermogte, zu einem sog. Naturrechte seine Zuflucht nahm, in diesem so Aushülfe wie Abhülfe zu finden vermeinte, und unter Assistenz von Doctrin und Praxis eine unnatürliche Verbindung stiftete. Die Aufklärungsperiode zwar suchte dieselbe wieder zu lösen, jedoch durch neuen

Missgriff und mit Misserfolg, nämlich nur zugunsten des Gesetzbuchstabens.

Umso dringender ist nun der Neuzeit der Beruf zugefallen, jedes Gebiet, getrennt und geschieden vom anderen nach seinem eigenartigen Stoff und Geist zu cultiviren. Was in Boden und Klima des einen gedeiht, das verkümmert im anderen. Das Bewusstsein dieses unseren Berufs wird hoffentlich auch die neueren Amalgamirungs-Versuche, mögen sie Namen haben wie sie wollen, überdauern.

Dabei dürfte auch die missliebig gewordene Rechtsphilosophie wieder zu Ehren kommen. Irre ich nicht, so hat seit geraumer Zeit eine Frontveränderung sozusagen in der Luft gelegen. Jahrzehnte lang ging der Zug dahin, jenen Ideen, welchen die Freunde der praktischen Philosophie nachjagen, mit spöttischem Achselzucken oder mit dem abwehrenden Kopfschütteln einer gewissen Verzweiflung zu begegnen, die Ergebnisse der positiven Fachwissenschaft aber mit Selbstzufriedenheit anzupreisen oder gar mit Vergötterung zu begrüssen. Vielleicht wäre es an der Zeit, heute die Tafel umzukehren, nämlich Skepsis gegenüber den realen Schöpfungen der Fachwissenschaft, Vertrauen zum Idealen auf die Tagesordnung zu bringen. Ein Anzeichen finden wir in dem wachsenden Drange — Beweis genug die oben angezogenen Werke der letzten Jahre — den hergebrachten von Lehrbuch zu Lehrbuch verschleppten Grundbegriffen der positiven Rechtswissenschaft allen Ernstes auf den Leib zu rücken. Man dürfte dabei bald genug zu der Erkenntniss durchdringen, wie unsere positive Rechtswissenschaft allgemach eine Ablagerungsstätte für „Dichtung und Wahrheit“ geworden.

Wer das ausspricht, kann freilich vor der Hand erwarten, als Idealist verschrieen zu werden. Allein dieser Vorwurf trifft uns nicht. Denn wir sind fern von schwärmerischen Gefühlen für die Ergebnisse der zeitherigen rechtsphilosophischen Forschung. Jeweilen findet man dort erschreckende Magerkeit oder Hohlheit des Gedankens, ein Gerippe behängt mit buntem Flitter; noch häufiger unklar Gedachtes unter geheimnissvollen Phrasen und bestechenden Paradoxen verdeckt, oder nur Altes unter neuem Namen. Kurz, manches vielverheissende System bringt Worte, statt Wort zu halten. Wir

wären die Letzten dies zu leugnen. Jedoch andrerseits verdanken wir der rechtsphilosophischen Forschung tiefe Gedanken in Fülle; Ideen und Grundsätze, die — war ihnen gleich zeither das Glück einer Metamorphose in geltende Rechtsnormen nicht beschieden — unleugbar in Saft und Blut unserer Denkweise und sittlichen Lebensanschauung eingedrungen sind; so tief, dass wir jener schöpferischen Individual-Speculation kaum gedenken, der wir unseren Dank zu zollen haben. Und wiederum andere rechtsphilosophische Ergebnisse sind der gesammten Rechtsbildung durchschlagend zugute gekommen. Oder hat etwa nicht die Gedankenarbeit eines Aristoteles Grotius Leibnitz Kant und Anderer erheblichen Einfluss auf die Gestaltung des Rechtslebens ihrer Nachwelt geübt, einen greifbaren Niederschlag im positiven Rechte (und zwar nicht etwa allein im Gebiete des Staats- und Völkerrechts) zurückgelassen?

Aber die Arbeit der Rechtsphilosophie will heute in separater Werkstatt vollzogen sein. Umsomehr, weil wir in einer Periode überaus rüstiger Codification — um nicht zu sagen eilfertiger Gesetzmacherei — leben und wirken. Und wenn es Aufgabe des Gesetzgebers ist, theils *de lege ferenda* dem Volksgeiste seine in Uebung und Lebensanschauung verborgenen Wünsche abzulauschen, theils und hauptsächlich aber *de lege lata* den wirklich geltenden, bewährten, der Erhaltung würdigen Rechtsstoff von neuem zu sammeln, so wird die hülfeleistende Doctrin sich vor nichts sorgfältiger zu hüten haben, als davor, dass sie dem Gesetzgeber (gleich wie dem Praktiker und der akademischen Jugend) eigene Improvisationen gemischt mit geltenden Rechtsvorschriften, kurz „Dichtung und Wahrheit“ in Einem Topf darbiete.

Ein hartes Wort; aber es musste gesprochen werden. Mag man uns nun immerhin Separatisten heissen, weil wir Ideales und Reales, Philosophisches und Positives von einander scheiden — wir wollen nicht den Pegasus mit dem Zugstier ins Joch gespannt sehen.